خطاب الضمان

فضيلة الدكتور بكر أبو زيد

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله... وبعد
فإن من نوازل العصر وقضاياه جريان المعاملة بخطابات الضمان لدى البنوك الأهلية مع المستفيد شخص اعتباري أو طبيعي وتجلية موقعها من الشريعة المطهرة يقتضي إعطاء التصور الكامل لطبيعة خطابات الضمان وخطواتها الإجرائية وأنواعها وما جرى مجرى ذلك من القوالب التي تسير عليها ثم تنزيل الفقه الشرعي عليها. فاقتضى الحال إدارة التقييد فيها في مبحثين:
المبحث الأول: خطاب الضمان .
تعريفه.. نوع الطرف المستفيد.. الغرض منه.. خطواته الإجرائية.. أنواعه. (1)
المبحث الثاني: الفقه الشرعي لخطاب الضمان.

اعتمدت في هذا المبحث على مذكرة إيضاحية لمؤسسة النقد العربي السعودي موجهة لوزارة العدل برقم 4646/م /444 في 28\3\1404هـ وكتاب المصارف لغريب الجمال، والبنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، الربا والمعاملات المصرفية للشيخ عمر المترك - رحمه الله تعالى-.
وبيان كل منها على ما يلي:
المبحث الأول
خطاب الضمان
وفيه الفروع الآتية:
ا-طبيعته:
خطاب الضمان المصرفي: هو تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر(عميل له)- بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد.

---

2 - أركانه:
من هذا يتضح أن أركان خطاب الضمان أربعة وهى:

1- البنك: وهو الطرف (الضامن).
والضامن هو من التزم ما على غيره.
2- العميل: وهو الطرف (المضمون عنه).

(1/1)

3- المستفيد: وهو الطرف (المضمون له).
وهو رب الحق الذي التزمه الضامن.
4- قيمة الضمان: وهو (المبلغ المضمون).
والمضمون به هو الحق الذي التزم الضامن.
فإذا أطلق خطاب الضمان حوى هذه الأركان.
3-... الشخص العميل (المضمون عنه):
يكون شخصية حكمية (اعتبارية) كالشركة أو المؤسسة ممثلة في (مديرها المسئول). ويكون شخصا طبيعيا.
4-... المستفيد: (المضمون له):
عادة لا يكون إلا شخصية اعتبارية كمصلحة حكومية أو مؤسسة أو شركة معروفة. ومن النادر أن يكون شخصا طبيعيا.

---

5 - أهدافه:
لخطاب الضمان أهمية كبيرة في حماية المستفيد (المضمون له) حكومة أو شركة لضمان تنفيذ المشاريع أو تأمين المشتريات وفق شروطها ومواصفاتها وفى أوقاتها المحددة. و بالتالي توفير الضمانة للمستفيد عن أي تقصير تنفيذي أو زمني من الطرف العميل إضافة إلى أن البنك لا يقبل في استقبال خطاب الضمان وأن يكون طرفا مع العميل لصالح المستفيد إلا إذا توفرت لديه القناعة بكفاءة العميل المالية والمعنوية. وبالتالي في هذا ضمان إضافي إلى سابقه أن لا يدخل في المشاريع والمناقصات إلا شخص قادر على الوفاء بما التزم به.
6- طريقة إصدار خطاب الضمان:

(1/2)

يقدم طالب خطاب الضمان طلبا للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته والجهة المستفيدة والغرض من الضمان. ويجب أن تكون لدى البنك قبل إصداره الضمان المذكور القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان أو تمديده وإذا كان مبلغ الضمان كبيرا فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك إما أن تكون رهنا عقاريا مسجلا أو رهن أسهم في شركات أو بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى نقد فيما لو طلب من البنك دفع قيمة مبلغ الكفالة - مع خطاب من مودعها بالتنازل عنها إذا اقتضى

الأمر أو كفالة بنك خارجي معروف، وإضافة إلى كل ذلك فإن البنك يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة حوالى 25 % من قيمة الضمان وقد تزيد هذه النسبة أو تقل تبعا لمركز العميل المالي والمعنوي ولطبيعة المشروع الذي قدم الضمان من أجله، وبعد كل هذه الإجراء ات يقوم البنك بإصدار الضمان.

7- أنواع خطابات الضمان :
تجرى المعاقدة عليها على أنواع:
أولا: خطاب الضمان الابتدائي :
ويكون مقابل الدخول في مناقصات أو مشاريع ويكون مبالغ الضمان مساويا لـ 1 % من كل قيمة المناقصة أو أكثر، وساري المفعول لمدة معينة وعادة تكون لثلاثة أشهر وهذا التعهد البنكي (خطاب الضمان) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها. ليسوغ له الدخول في المناقصة مثلا فهو بمثابة تأمين ابتدائي يعطى المستفيد الاطمئنان على قدرة العميل على الدخول في المناقصة. ولا يسوغ إلغاء هذا الخطاب إلا بإعادته بصفة رسمية من الجهة المقدم إليها (المستفيد).

ثانيا: خطاب الضمان النهائي :

(1/3)

وهذا يكون مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء في العملية من مناقصة أو مشروع ونحو ذلك ويكون مبلغه بنسبة 5 % من قيمة المشروع أو المناقصة وهو محدد بمدة لعام كامل مثلا قابل للزيادة.
وهذا التعهد البنكي (خطاب الضمان النهائي) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها ليستحق المستفيد الاستيفاء منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما ألتزم به فهو بمثابة تأمين نهائي عند الحاجة إليه, ولا يكون إلغاؤه ألا بخطاب رسمي من الطرف المستفيد.
ثالثا: خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع أو المناقصة .(أي مقابل سلفة يقدمها العميل إلى البنك على حساب المشروع مثلا لصالح الطرف المستفيد و الغاية منه كما في سابقه)- ثانيا الخطاب النهائي-.
رابعا: خطاب الضمان: (ضمان المستندات):
وهناك نوع رابع من خطابات الضمان يقدمه البنك لصالح شركات الشحن أو وكالات البواخر, في حالة وصول البضاعة المستوردة إلى الميناء المحدد في المملكة وتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى ذلك البنك الذي جرى الأستيراد عن طريقه فخشية من أن يلحق بالبضاعة تلف من جراء تأخر بقائها في جمرك الميناء يكون الضمان المذكور تعهدا من البنك بتسليم

مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى وكلاء البواخر فور وصولها. واستنادا إلى هذا الضمان يتم فسح البضاعة للمستورد. ولإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المستورد طلبا بذلك إلى البنك ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل (وهي قيمة البضاعة المستوردة) ومن ثم يصدر البنك خطاب الضمان ويسلمه إلى العميل فيقوم العميل بتسيلمه إلى وكلاء الباخرة المعنيين.
8- مدي استفادة البنك من خطاب الضمان :

هذا التعهد الذي الزم البنك به نفسه مع العميل له بأن يدفع للطرف المستفيد من عميله المبلغ الصادر بموجبه خطاب الضمان ووفق ما فيه من شروط وإجراءات للبنك من وراء هذا مصلحة مادية وهى ما تسمى بالعمولة بمعنى أن البنك يستحق بالشرط على العميل نسبة مئوية معينة مقابل هذا التعهد وهذه الخدمة نحو 2 % حسبما يتم الاتفاق عليه.
(وبهذا ينتهي المبحث الأول الذي يعطى التصور الكامل لخطابات الضمان الجارية في المصارف والبنوك مع عملائها أمام المستفيدين منهم).
المبحث الثاني
الفقه الشرعي لخطاب الضمان
قد علم بأصل الشرع جواز الضمان وهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون في التزام الحقوق المستحقة , بمعنى التزام دين على آخر، وهو عقد إرفاق وإحسان جاء به الشرع مع ما فيه من توثيق للحقوق وحفظ لها.
وخلاصة ما تقدم في المبحث الأول لطبيعة خطاب الضمان تنحصر في الفقرتين الأخيرتين منه وهما: -
ا - أنواعه.
2- عمولة البنك لقاءه.
أما أنواعه الأربعة المتقدمة فلم يظهر في ماهيتها ما يخرج عن المنصوص عليه في أحكام الضمان شرعا وتوفر شروطه
فالضامن البنك ممن يصح تبرعه، ولوجود رضي الضامن وكون الحق معلوما حالا أو مألا وأن أجله معلوم غير مجهول. سوى ما جاء في النوع الأول وهو خطاب الضمان الابتدائي . فإنه من باب ضمان ما سيجب وضمان ما لم يجب عقد معلق وقد علم أن الضمان عقد التزام لازم فلا يعلق كغيره من العقود اللازمة ، ولأن الضامن التزم ما لم يلزم الأصيل المضمون عنه
وهو(العميل) بعد. لكن الجمهور من أهل العلم على جوازه وهو مذهب الأئمة الثلاثة – أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، والشافعي - في القديم والخلاف المذكور للشافعي في الجديد وما ذهب إليه الجمهور ألصق بأصول الشرع لا سيما إباحة التعامل في الأصل

ما لم يعتوره مانع من غرر ونحوه.

ولا يظهر في ضمان ما لم يجب بعد ما يمنع فيبقي على الأصل.
(1) والله أعلم ولهذا قال الحنابلة: في تعريف الضمان هو: التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه أو: هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالا أو مآلا (2) .
وقالوا في ضمان ما يؤول إلى الوجوب (يصح الضمان بالحق الذي يؤول إلى الوجوب فيصح الضمان بما يثبت على فلان أو بما يقر به أو بما يخرج بعد الحساب عليه أو بما يداينه فلان).

---

(1) انظر: فتح القدير5/402، حاشية ابن عابدين 5/301، الشرح الكبير مع الدسوقي 3/333، وقوانين ابن جزى ص 353، روضة الطالبين للنووي 4/244. والغاية القصوى للبيضاوي 4/592، كشف المخدرات للبعلي ص 2 5 2، بداية المجتهد 2/298.
(2) شرح منتهى الارادات 2/108، 110.
أخذ العمولة عليه:
أي أخذ (الأجرة) لا (الجعالة) فإن الجعالة: أن يجعل جائز التصرف شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا من مدة معلومة أو مجهولة- فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة ولا تعيين العامل للحاجة.
فهي إذن: التزام مال في مقابلة عمل لا على وجه الإجارة فليس ما هنا مما هنالك إضافة إلى أن الجعالة: عقد جائزمن الطرفين لكل من العاقدين فسخها بخلاف الإجارة فهي عقد لازم ابتداء.
وإن كان وقع في عبارات بعضهم باسم الجعل على الضمان ففي هذا تسامح في التعبير أو على سبيل النزول بمعنى: أنه إذا لم يجز الجعل فالإجارة من باب أولى. وإن كانت الجعالة في معنى الإجارة لكن الجعالة أوسع من باب الإجارة فالجعالة كما علمت في تعريفها فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة ويجوز فسخها من الطرفين بخلاف الإجارة فهي عقد على منفعة أوعين لازم من الطرفين لا يملك أحدهما فسخها.

وعليه فإن جمهور أهل العلم على تقرير عدم الجواز لأخذ العوض على الضمان كما في مجمع الضمانات على مذهب الإمام أبي حنيفة البغدادى ص /282. والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي3\404. والشرح الصغير 3\242 والفروع لابن مفلح

الحنبلي 4\207، كشاف القناع 3\262.
وغيرها مصرحة بالمنع وعدم الجواز، وجماع تعليلهم للمنع فما يلي:
1- أنه يؤول إلى قرض جر نفعا وجه ذلك: أنه في حال أداء الضامن للمضمون له يكون العوض مقابل هذا الدفع الذي هو بمثابة قرض في ذمة المضمون عنه. وفى خطاب الضمان : أقوى في بعض أحواله لأن المستفيد يستوفي عادة من البنك لا من العميل.
2- أن هذا العقد مبناه على الإرفاق والتوسعة والإحسان ففي أخذ العوض لقاءه دفع لمقصد الشارع منه.
3- أنه في بعض حالات الضمان يستوفي المضمون له من المضمون عنه فيكون أخذ الضامن للعوض بلا حق وهذا باطل لأنه من أكل المال بالباطل. وفى خطاب الضمان الابتدائي أو المستندي مثلا يستوفي المضمون له المستفيد من العميل لا من البنك.
وها هنا تنبيهان:
الأول: جرى في القواعد الفقهية قوله: الأجر والضمان لا يجتمعان . وهذه القاعدة ليست مما نحن فيه من أحكام الضمان لأن الضمان هنا يقصد به (ضمان المتلفات).
الثاني: جرى في القواعد الفقهية لهم قولهم: (ليس كل ما جاز فعله جاز إعطاء العوض عليه) بل فيه ما يجوز كالجعالة على رد الآبق. وما يمتنع كالعوض على الضمان واللهو المباح ونحو ذلك. كما جاء في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 30/215-216.

النتيجة
مما تقدم تعلم الحقيقتان الآتيتان:
الأولى:
أن خطاب الضمان من حيث العطاء له من قبل العميل ثلاثة أحوال:
ا-خطاب ضمان ليس له غطاء البتة:
فهذا ينسحب عليه ما قرره جمهور العلماء من منع العوض على الضمان فهكذا في هذه الحالة من خطابات الضمان.
2- خطاب ضمان له غطاء كامل من العميل:

فهذه الحالة والله أعلم لا يظهر في العوض عليها ما يمنع في حق الضامن أو المضمون عنه لأن هذا العوض (العمولة) مقابل الخدمات الإجرائية ففي حال دفع البنك للمستفيد فهو من مال المضمون عنه وفى حال عدم دفعه فهو مقابل حفظه لماله وخدماته لذلك.
3-خطاب ضمان قد صار الغطاء لنسبة منه:

فهذه تنسحب عليها أحكام الحالتين قبلها فيجوز فيما قابل المغطى لا فيما لم يقابله - والله أعلم .

وأختم هذا المبحث برأي رشيد للعلامة الشيخ/عمر بن عبد العزيز المترك في كتابه (الربا والمعاملات المصرفية) إذ قال - رحمه الله تعالى وغفر له امين - ص /309: "والذي أرى أنه إذا كان الضمان مسبوقا بتسليم جميع المبلغ المضمون للمصرف أو كان له غطاء كامل فلا يظهر في أخذ الجعالة عليه شيء لأن العمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات لأن هذه العملية ليست مقابل عملية قرض ولا ما يؤول إلى قرض لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئا وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه الموجود لديه، أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى فلا أرى جواز أخذ الجعالة عليه لأن هذا الضمان قد يؤدى إلى قرض فيكون قرضا جر فائدة والربا أحق ما حميت مراتعه وسدت الطرائق المفضية إليه.
لذا فإني أرى أن على طالب الضمان أن يضع لدى الجهة الضامنة له مبلغا يساوى المبلغ المضمون وهذا إجراء متفق مع الأصول الائتمانية المتبعة في بعض المصارف حيث تطلب من العميل المضمون أن يحجز لديها مبلغا مساويا لقيمة خطاب الضمان وهو ما يسمى بالغطاء الكامل يكون رهنا لكى يسدد منه فيما لو اضطر المصرف إلى تنفيذ التزامه ويفرج عنه عندما يتحرر المصرف من ضمانه. وفى هذا الإجراء من الفوائد مما لا يخفي منها:

1-...عدم إفساح المجال لمن ليس لهم المقدرة على الوفاء بالتزاماتهم في الدخول في المناقصات والعطاءات.
2-...ان فيه حدا من التعامل الجشع والتوسع في الأعمال بما ليس في استطاعة الإنسان القيام به مما يعود عليه بالضرر وتنعكس عليه أثاره السيئة ذلك أن المناقض قد يقدم ضمانا مصرفيا بمبلغ ليس في استطاعته الوفاء به مما قد يضطره في النهاية إلى الخضوع لما تفرضه عليه المصارف من فوائد ربوية لقاء تسديده بمقتضي الضمان الذي التزمته.
